

Tilburg University

Het enquêterecht als bron voor nieuw ondernemingsrecht? (Deel II)

van der Sangen, G.J.H.

Published in:
Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur

Publication date:
2004

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van der Sangen, G. J. H. (2004). Het enquêterecht als bron voor nieuw ondernemingsrecht? (Deel II). *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Het enquêterecht als bron van nieuw ondernemingsrecht? (deel II)

Beschouwingen over de uitdijende reikwijdte van het enquêterecht

Mr. G.J.H. van der Sangen¹

De geschiedenis van het enquêterecht laat een exponentiële groei van ondernemingsrechtelijke procedures zien ten koste van procedures voor de ‘gewone’ civiele rechter. Daarbij heeft de enquêteprocedure zich – in handen van de OK – ontwikkeld van een onderzoeksprocedure naar een ‘multi purpose’ procedure ter oplossing van ondernemingsrechtelijke geschillen van allerhande aard. Dit roept echter vragen op van zowel procedurele als inhoudelijke aard. De ruimhartige toepassing van het enquêterecht door de OK krijgt geen onverdeelde steun van de Hoge Raad. Het vormt de aanleiding voor een fundamentele herbezinning op het doel en functie van het enquêterecht. Deel I verscheen in aflevering 2004-1.

6 Het enquêteonderzoek

Uit de meer dan om een reden zeer belangwekkende Gucci-zaak² en de naar aanleiding daarvan genomen beschikking van de Hoge Raad³ volgt dat het enquêteonderzoek de kern vormt van de gehele enquêteprocedure. De Hoge Raad doet daarbij een expliciet beroep op de wetsgeschiedenis en het systeem van het enquêterecht. Ik acht het weinig vruchtbaar om de zeer stellige overwegingen van de Hoge Raad op dit punt – die mij juist voorkomen – van dogmatisch commentaar te voorzien.⁴ Het is mijns inziens vruchtbaarder om te onderzoeken welke consequenties aan de beschikking van de Hoge Raad inzake Gucci moeten worden verbonden, mede in het licht van de wijze waarop het onderzoek zou moeten plaatsvinden – daarvoor gelden nagenoeg geen regels – en de plaats die het enquêteonderzoek inneemt tussen het treffen van voorlopige voorzieningen en het treffen van eindvoorzieningen. Voor het benoemen van enquêteurs, het houden van het enquêteonderzoek zelf, de daarbij in acht te nemen procedureregels en wie zich in het geding als belanghebbenden kunnen mengen c.q. zouden moeten kunnen mengen moge ik verwijzen naar de uitvoerige bijdrage van Hermans in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*.⁵ In deze paragraaf wil ik de aandacht vestigen op een aantal noviteiten met betrekking tot het enquêteonderzoek die voortvloeien uit de beschikkingen van de OK inzake HBG en Laurus.

¹ Mr. G.J.H. van der Sangen is universitair hoofddocent Ondernemingsrecht aan de Universiteit van Tilburg en verbonden aan het Center for Company Law aldaar.

² De Gucci-zaak en de daaruit voortvloeiende beschikkingen van de OK zijn in het bijzonder van belang voor verschillende aspecten rond de toelaatbaarheid van de uitgifte van preferente aandelen als beschermingsconstructie als ook voor de daarbij door partijen in acht te nemen gedragsnormen. Zie hierover de annotatie van M.J.G.C. Raaijmakers in *Ars Aequi* 2000, 873 bij HR 27 september 2000, *NJ* 2001, 221.

³ HR 27 september 2000, *NJ* 2001, 221 (Gucci).

⁴ In de literatuur wordt de beschikking van de Hoge Raad alom omarmd. Alleen Blanco Fernández kan zich in de beschikking van de Hoge Raad niet vinden. Zie de door hem met Dorresteyn gevoerde polemiek in het *WPNR*: A.F.M. Dorresteyn, ‘Het onderzoek bij Gucci en de kern van het enquêterecht’, *WPNR* 01/6452, p. 647-649 en J.M. Blanco Fernández, ‘Wetsuitleg en de kern van het enquêterecht’, *WPNR* 01/6452, p. 649-653.

⁵ R.M. Hermans, ‘Het onderzoek in de enquêteprocedure’, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, uitgave vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 72, Kluwer, Deventer 2003, p. 113-174.

Ten aanzien van het bepalen van de omvang van het enquêteonderzoek heeft de OK een grote mate van beleidsvrijheid. Zij kan een onderzoek bevelen naar het beleid en de gang van zaken in volle omvang, maar het enquêteonderzoek ook beperken, zowel in tijd als in de aard van de bedrijfsactiviteiten of tot bepaalde onderdelen van het concern. De OK kan tevens de opdracht aan de onderzoekers nader specificeren en toespitsen tot bepaalde nader te onderzoeken onderwerpen en aspecten van het ondernemingsbeleid. Na verslag van de onderzoekers waaruit wanbeleid blijkt, kunnen op verzoek van de oorspronkelijke verzoekers door de OK eindvoorzieningen worden getroffen. Met de vaststelling en neerlegging van het onderzoeksverslag eindigt de eerste fase van de enquêteprocedure.

In een aantal gevallen heeft de OK evenwel de mogelijkheid aangegrepen om een nader onderzoek te gelasten, zoals het geval was in de beschikking inzake Laurus waarbij er een splitsing in tijd werd aangebracht.⁶ Deze splitsing in het onderzoek heeft er in de Laurus-zaak toe geleid dat na afronding en rapportage naar aanleiding van het eerste tijdvak door de OK tot een bepaalde peildatum wanbeleid werd geconstateerd, hetgeen ook in een afzonderlijke beschikking werd vastgelegd. Feiten en omstandigheden ná de gekozen peildatum worden in het oordeel ‘wanbeleid’ met betrekking tot het eerste deel van het onderzoek, niet betrokken. Met name laat de OK hier de wijze waarop de raad van commissarissen, althans één daarvan na de peildatum, getracht heeft het tij te keren ten aanzien van de rampzalig verlopen reorganisatie, bekend onder de naam ‘operatie Groenland’, – door alsnog ingrijpende maatregelen te nemen die gericht zijn op sanering van het Laurus-concern en het bijsturen van c.q. het terugkomen op de operatie ‘Groenland’ – helemaal buiten beschouwing. Ik vraag mij af of de OK de bevoegdheid heeft om het onderzoek op deze wijze op te delen en reeds voorafgaande aan de afronding van het gehele onderzoek ten aanzien van een bepaald tijdvak ‘wanbeleid’ te constateren. Immers, hierbij is toch ook van belang wat er na genoemde peildatum door de te onderzoeken organen is gedaan. Het was wellicht eleganter, en ook juister geweest, het oordeel over het eerste tijdvak op te schorten totdat het gehele onderzoek was afgerond om vervolgens te concluderen dat er sprake was van wanbeleid – voornamelijk betrekking hebbend op het eerste tijdvak – en tevens gemotiveerd aan te geven waarom hetgeen heeft plaatsgevonden in het tweede tijdvak dat oordeel niet meer heeft beïnvloed. Een zienswijze die de OK zelf blijkbaar ook niet vreemd is, gezien haar optreden in de HBG-zaak.⁷

De handelwijze van de OK in de Laurus-zaak staat op gespannen voet met het systeem en de opzet van de enquêteprocedure waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de onderzoeksfase en de fase tot het treffen van eindvoorzieningen. Let wel, de OK beschouwt het onderzoek naar het tweede tijdvak niet als een zelfstandig enquêteverzoek, maar als een voortzetting of vervolg van het eerdere verzoek. De OK maakt daarbij gewag van ‘aanvulling’ en ‘onderbouwing’ van het verslag met bescheiden. Zoals hierboven reeds aan de orde kwam, neemt de eerste fase van de enquête echter een einde met de publicatie van het onderzoeksverslag. Met Olden ben ik van mening dat er slechts gronden zijn tot een nader onderzoek, indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven, bijvoorbeeld in het geval het onderzoeksverslag ondeugdelijk is dan wel ontoereikend is voor het nemen van een verantwoorde beslissing, zoals kennelijk naar het oordeel van de OK het geval was in

⁶ OK 16 oktober 2003, *JOR* 2003/260 m.nt. M. Brink. Zie ook P.D. Olden, *Ondernemingsrecht* 2003-17, p. 667-670 voor een uitvoerige bespreking van de casus in de sleutel van het huidige corporate governance debat.

⁷ Zie hierover Olden, *t.a.p.* (noot 6) p. 671.

de HBG-zaak ten aanzien van het eerste onderzoeksverslag,⁸ of in het geval het onderzoeksverslag nieuwe aanknopingspunten – nova derhalve – bevat voor een nader onderzoek naar een andere periode of naar een ander onderwerp. In de HBG-zaak leidde dit ertoe dat de OK een nader, tweede onderzoek gelaste naar dezelfde onderwerpen en over hetzelfde tijdvak. Een dergelijk nieuw onderzoek naar hetzelfde tijdvak en over hetzelfde onderwerp kan de OK mijns inziens niet ambtshalve bevelen. De verzoeker dient daartoe een nieuw verzoek in te dienen.⁹

7 Voorlopige voorzieningen

a. *verhouding tot eindvoorzieningen*

Zoals gezegd is voor het treffen van eindvoorzieningen vereist dat er sprake is van geconstateerd wanbeleid en dat de oorspronkelijke verzoekers hebben verzocht tot het treffen van eindvoorzieningen. Een tweetal kwesties wil ik hier aan de orde stellen. In de eerste plaats is daar de vraag wat de verhouding is tussen de voorlopige voorzieningen van art. 2:349a lid 2 BW en de eindvoorzieningen van art. 2:356 BW binnen het systeem van het enquêterecht. In de tweede plaats stel ik de vraag aan de orde of er behoefte bestaat tot uitbreiding van de in art. 2:356 BW genoemde eindvoorzieningen. Deze vraag komt aan de orde in paragraaf 8. Beiden vragen houden verband met elkaar, hetgeen nog versterkt wordt door het gegeven dat er bij de OK ‘bestendig beleid’ lijkt te bestaan om inhoudelijk zowel de onmiddellijke voorzieningen als ook de eindvoorzieningen zodanig ruimhartig te gebruiken dat het doel – het oplossen van het geschil c.q. het realiseren van een werkbare status quo teneinde het geschil op termijn op te lossen – steeds wordt bereikt. In vogelvlucht overziend staat de OK daartoe het volgende instrumentarium ten dienste:

1. Onmiddellijke voorlopige voorzieningen voordat op het verzoek tot het houden van een enquête is beslist, zonder dat er is vastgesteld dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen; de ontvankelijkheidsfase is dan nog niet geheel doorlopen, wel de toets of de verzoeker formeel ontvankelijk is. Deze voorzieningen worden doorgaans verzocht *met spoed*.
2. Onmiddellijke voorzieningen nadat op het verzoek tot het houden van een enquête is beslist, en er derhalve gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, en wel voor de duur van het geding, dan wel korter door de OK te bepalen; de ontvankelijkheidsfase is dan wel geheel doorlopen.
3. Eindvoorzieningen, na geconstateerd wanbeleid en nadat de oorspronkelijke verzoekers daarom hebben verzocht.

Door het treffen van voorlopige voorzieningen nog voordat op het verzoek tot enquête is beslist, betreedt de OK het terrein waarop ook de voorlopige voorzieningenrechter in dagvaardingsprocedures – zeg maar de kortgedingrechter – actief is, of beter gezegd, actief was. Vastgesteld kan worden dat in ondememingsrechtelijke geschillen met enig spoedeisend karakter bij voorkeur niet de kortgedingrechter wordt ingeschakeld, maar de Ondernemingskamer met het verzoek om op de voet van art. 2:349a lid 2 BW *met spoed* een of meer onmiddellijke voorzieningen te treffen. In het bijzonder de grond *indien dit in verband met de toestand van de rechtspersoon een*

⁸ OK 19 september 2001, *JOR* 2000/173 (HBG).

⁹ Zie Olden, *t.a.p.* (noot 6) p. 671.

onmiddellijke voorziening is vereist, geeft daartoe aan de OK de mogelijkheid, immers van de tweede in art. 2:349a lid 2 BW genoemde grondslag – namelijk het belang van het onderzoek – is in deze fase van het geding dan nog geen sprake. De bevoegdheid om ook reeds in deze fase onmiddellijke voorzieningen te treffen wordt afgeleid uit de woorden *in elke stand van het geding*. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de OK bij het treffen van deze *spoedvoorzieningen* niet gebonden is aan de limitatieve opsomming van art. 2:356 BW.¹⁰ De OK heeft in deze een zeer ruime discretionaire bevoegdheid die slechts beperkt lijkt te worden door de wet, het vennootschappelijk belang van de rechtspersoon die onderwerp is van het onderzoek, en de gerechtvaardigde belangen van alle bij de rechtspersoon betrokkenen.

Ondertussen is er wel enige onrust te bespeuren bij de Hoge Raad ten aanzien van de verhouding tussen enerzijds de toepassing van art. 2:349a lid 2 BW en de rol van de kortgedingrechter in spoedeisende (ondernemingsrechtelijke) geschillen. Ik doel hierbij op een overweging van de Hoge Raad in de Gucci-beschikking, waar wordt overwogen: *‘De Ondernemingskamer kan in aansluiting op het verslag van dat onderzoek voorzieningen (bedoeld zijn eindvoorzieningen; VdS) treffen, doch nodig is dat niet. Indien er geen aanleiding bestaat voor het instellen van een onderzoek als hier bedoeld en behoefte bestaat aan voorzieningen staat de gewone procedure bij de burgerlijke rechter, met alle daaraan verbonden waarborgen, open.’* Tegen de achtergrond van de systematiek van het enquêterecht dat uit twee afzonderlijke fasen bestaat – de onderzoeksfase en de fase waarin eindvoorzieningen kunnen worden getroffen – formuleert de Hoge Raad als uitgangspunt dat de enquêteprocedure niet oneigenlijk mag worden gebruikt ter vervanging van de kortgeding procedure.¹¹ De Hoge Raad acht daarbij van belang dat de kortgeding procedure aan partijen bepaalde processuele waarborgen biedt welke de enquêteprocedure als verzoekschriftprocedure blijkbaar ontbeert. Feit is ondertussen wel dat, indien eenmaal een enquêteprocedure aanhangig is, een kortgedingrechter in dezelfde zaak zeer terughoudend zal opereren en er een gerede kans aanwezig is dat hij eiser(s) niet-ontvankelijk zal verklaren.

b. aard van de voorlopige voorziening

Uit de aard der zaak dient de OK ten aanzien van het toekennen van voorlopige voorzieningen in situatie 1 – het betreft hier immers voorlopige voorzieningen *waarop met spoed dient te worden beslist* en welke tegelijk met het indienen van het verzoekschrift aan de OK worden voorgelegd – een grote mate van terughoudendheid te betrachten in die zin dat de voorlopige voorziening het karakter draagt van een tijdelijke ordemaatregel *in verband met de toestand van de rechtspersoon*. Ten aanzien van situatie 2 laat het beleid van de OK echter zien dat er van enige terughoudendheid geen sprake is. In het belang van de rechtspersoon dan wel in het belang van het onderzoek kan de OK desgevraagd elke onmiddellijke voorziening treffen en in elke stand van het geding die de OK nodig acht. Van deze bevoegdheid maakt de OK ruim gebruik. De voorzieningen gelden voor ten hoogste de duur van het geding, spoedt art. 2:349a lid 2 BW zich nog te vermelden.

Mijns inziens bestaat er echter een spanning tussen de consequenties die verbonden zijn aan het treffen van onmiddellijke voorzieningen in de periode dat het onderzoek gaande is – deze periode vangt aan met de toewijzende beschikking dat er

¹⁰ Zie MvT, 22 400, TK 1991/1992, nr. 3, p. 15.

¹¹ In andere zin G. van Solinge, ‘Onmiddellijke voorzieningen in enquête: wordt de Ondernemingskamer een ‘echte’ kortgedingrechter?’, *WPNR* 02/6476, p. 145 en 146.

gegronde redenen aanwezig zijn om aan een juist beleid te twijfelen – en de consequenties verbonden aan het treffen van eindvoorzieningen nadat er uit enquêteverslag van wanbeleid is gebleken. Deze spanning vindt zijn oorzaak in het gegeven dat de Hoge Raad in zijn beschikking inzake Skygate¹² het door de OK gevoerde beleid ten aanzien van het treffen van voorlopige voorzieningen heeft gesanctioneerd, in die zin dat de getroffen onmiddellijke voorziening van art. 2:349a lid 2 BW weliswaar in beginsel het karakter moet hebben van een ordemaatregel, maar de Hoge Raad tevens erkent – althans hij laat het oordeel van de OK op dit punt in stand – dat een onmiddellijke voorziening tot onomkeerbare gevolgen binnen de vennootschap kan leiden, en in die zin allerm minst een ‘voorlopig’ karakter draagt. Dat daardoor onder omstandigheden de zeggenschapsverhoudingen binnen de vennootschap blijvend worden gewijzigd, wordt op de koop toe genomen! De OK bedient zich daarbij van de ‘cirkelredenering’ dat het handhaven van de bestaande, ongewenste situatie ook zou kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen. Tegen de achtergrond van het belang van de vennootschap en/of het belang van het onderzoek is de afweging dan niet meer zo moeilijk. Hoe ingrijpend het treffen van voorlopige voorzieningen kan zijn, leert ons een van de beschikkingen van de OK in de HBG-zaak.¹³ In haar beschikking van 4 juli 2001¹⁴ legt de OK aan HBG bij wijze van voorlopige voorziening de tijdelijke plicht op geen uitvoering te geven aan de inmiddels met Ballast Nedam gesloten joint venture-overeenkomst, hetgeen in beginsel er toe leidt dat HBG jegens Ballast Nedam wanprestatie pleegt (sic!), ware het niet dat de OK de gevolgen van haar beschikkingen ook jegens derden kan regelen op de voet van art. 2:357 lid 2 BW. Of dit inderdaad kan, komt hierna aan bod.

Wel worden in het arrest van de Hoge Raad inzake Skygate voor het treffen van voorlopige voorzieningen die tot onomkeerbare gevolgen kunnen leiden nog nadere voorwaarden gesteld, namelijk *‘dat de voorzieningen in die zin van voorlopige aard zijn dat zij een tijdelijke inbreuk maken in de rechtsverhouding en er een billijke afweging van de belangen heeft plaatsgevonden en mits de tijdelijke voorziening gegeven de belangenafweging tussen enerzijds de noodzaak tot het treffen van de voorlopige voorziening in het licht van het belang van de vennootschap en anderzijds het belang van de getroffene bij het achterwege blijven van de voorziening, niet tot onaanvaardbare gevolgen hoeft te leiden.’* Wie zal het er niet mee eens zijn dat de rechter een billijke belangenafweging maakt. Ik interpreteer deze overweging zo dat de OK de vrijheid heeft dusdanige voorzieningen te treffen als de OK nodig oordeelt in verband met de toestand van de vennootschap, en daarbij voorzieningen kan treffen die blijvende gevolgen hebben, ook ten aanzien van de zeggenschapsverhoudingen, mits de OK zijn beslissing op dit punt maar uitdrukkelijk motiveert. Een dergelijke tijdelijke voorziening kan blijkens het arrest van de Hoge Raad inzake Scheipar¹⁵ ook inhouden dat er een tijdelijk bestuurder wordt benoemd die als opdracht krijgt mee te werken aan de door de OK in het belang van de vennootschap noodzakelijk geachte besluiten waarvan de gevolgen onomkeerbaar zijn, hetgeen niet afdoet aan het tijdelijke karakter van de voorziening, te meer niet indien deze nodig zijn om een bestaande patstelling te doorbreken, omdat die patstelling ook tot onomkeerbare en onwenselijke gevolgen kan leiden.

¹² HR 19 oktober 2001, *RvdW* 2001, 164 (Skygate). Zie voor een weergave van de casus Van Solinge, *t.a.p.* (noot 11) p. 145-146.

¹³ Zie voor een verkorte weergave van de casus Deel I van dit artikel in aflevering 2004-1.

¹⁴ OK 4 juli 2001, *NJ* 2001, 469 (VEB/HBG).

¹⁵ HR 6 juni 2003, *JOR* 2003/161 (Scheipar).

c. *OK fungeert feitelijk als voorlopige voorzieningenrechter en waar nodig als bodemrechter*

Bij dit alles dient men te bedenken dat een aantal enquêteverzoeken wordt afgesloten met het treffen van onmiddellijke voorzieningen zonder dat er een enquêteonderzoek wordt gelast,¹⁶ terwijl het ook regelmatig voorkomt dat er wel een enquêteonderzoek wordt gelast zonder dat uit het onderzoeksverslag van wanbeleid is gebleken, zodat de inmiddels getroffen voorlopige voorzieningen voor partijen althans in hun praktische uitwerking functioneren als *eindvoorzieningen*. Dat is in feite ook het geval indien er wel enquêteurs zijn benoemd en uit het verslag van wanbeleid blijkt, maar er door de OK geen eindvoorzieningen worden opgelegd en wordt volstaan met een declaratoire beschikking dat van wanbeleid is gebleken, zoals het geval was in de eindbeschikking van de OK inzake HBG.¹⁷ Men kan zich in gerede afvragen wat het belang is van de constatering ‘wanbeleid’, zeker in het geval het geconstateerde wanbeleid betrekking heeft op procedurele aspecten en de noodzaak tot oplossing van het inhoudelijk conflict inmiddels door de feitelijke ontwikkelingen is achterhaald,¹⁸ dan wel betrekking heeft op een niet geconstateerde, maar in potentie aanwezige mogelijkheid dat er sprake is van belangenverstrengeling.¹⁹ Het gebruik van de kwalificatie ‘wanbeleid’ was immers ooit bedoeld om – in termen van de OGEM-beschikking van de Hoge Raad – *ernstig* handelen in strijd met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap aan de kaak te stellen. Met name de mate van de ernst van de aard van de gedragingen lijkt als toetsingsmaatstaf door de OK niet meer expliciet te worden gebezigd. Het vangnet wordt aangereikt door de Hoge Raad: handelingen die op zich in strijd zijn met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap kunnen onder omstandigheden desalniettemin de kwalificatie ‘wanbeleid’ niet dragen, omdat zij niet dusdanig ernstig zijn dat zij die kwalificatie rechtvaardigen. Daarbij gaat het om incidentele beleidsfouten die uiteindelijk geen nadeel hebben opgeleverd voor de vennootschap, en waarbij er ook geen sprake was van opzet of het oogmerk bij de betrokkenen om in strijd te handelen met het belang van de vennootschap. Deze correctie van de Hoge Raad ten aanzien van het oordeel van de OK dat er van ‘wanbeleid’ is gebleken, laat evenwel onverlet dat het door de OK uitgesproken oordeel wel degelijk – althans in de ogen van de buitenwacht – een persoonlijk defamerend karakter draagt. Een bestuurder of commissaris die dat ‘overkomt’ loopt de kans feitelijk voor toekomstige functies te worden gediskwalificeerd.

Illustratief in dit verband is de VIBA-casus. In deze zaak stond de vraag centraal of er sprake was van wanbeleid op grond van de mogelijke aanwezigheid van belangenverstrengeling ten nadele van minderheidsaandeelhouders. De OK constateert dat er sprake was van een gebrek aan volledige en transparante informatie aan de algemene vergadering door het bestuur en de raad van commissarissen ter zake

¹⁶ Zie bijv. OK 12 november 1998, *JOR* 1999/137 (BV Directie AGV), OK 19 november 1999, *JOR* 1999/138 (Heoprofor), OK 9 december 1999, *JOR* 2000/95 en OK 6 januari 2000, *JOR* 2000/53.

¹⁷ OK 21 januari 2002, *JOR* 2002/28 (VEB/HBG).

¹⁸ Zie in dit verband M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Corporate governance en het enquêterecht, pleidooi voor een genuanceerder gebruik door de OK van het enquête-instrumentarium’, *NJB* afl. 27, 11 juli 2003, p. 1373-1379. Wat betreft de afloop van de HBG-zaak het volgende: na de overnameperikelen tussen HBG en Boskalis c.q. Heijmans, is HBG overgenomen door het Spaanse Dagrados S.A., dat vervolgens is overgenomen door een Spaanse concurrent. Deze heeft vervolgens (de aandelen in) HBG verkocht aan NBM Amstelland. Tot overmaat van ramp is de eindbeschikking van de OK inmiddels gecasseerd. Zie HR 21 februari 2003, *JOR* 2003/57, *RvdW* 2003, 37.

¹⁹ Zie de hierna te bespreken beschikking van de OK inzake VIBA.

van een genomen besluit om een aandelenpakket in haar dochter Hardamant te verkopen tegen een door de accountant vastgestelde, lagere prijs dan de concurrenten van VIBA – Recobel respectievelijk Reesink – bereid waren te betalen. De transactie leek te zijn ingegeven met het doel een ophanden zijnd bod van Recobel respectievelijk Reesink op de aandelen in Hardamant op voorhand te frustreren. De OK stelt vast dat er weliswaar inhoudelijk geen sprake was van wanbeleid – hoewel een incidentele gedraging wanbeleid kan opleveren gezien het arrest van de Hoge Raad inzake OGEM, met name indien dat voor de vennootschap tot zeer nadelige gevolgen heeft geleid – maar wel ten aanzien van de wijze van totstandkoming van het besluit. Volgens de OK zou de enkele suggestie van mogelijke belangenverstrengeling door het bestuur en de raad van commissarissen jegens de algemene vergadering moeten worden weggenomen door het geven van openheid van zaken, en wel voorafgaand aan het nemen van het besluit. Het oordeel van de OK dat in casu sprake was van wanbeleid wat betreft de wijze van totstandkoming van de zogenaamde Hardamant-constructie wordt evenwel gecasseerd. De Hoge Raad²⁰ herhaalt de regel uit haar OGEM-beschikking dat een enkele gedraging wanbeleid tot gevolg kan hebben, maar vervolgt dan dat het hier gaat om een incidentele beleidsfout die er uit bestaat dat de onvoldoende informatieverschaffing bij althans een deel van de algemene vergadering de indruk heeft laten bestaan dat er mogelijk sprake is van belangenverstrengeling. Dat leidt echter in de ogen van de Hoge Raad niet tot de kwalificatie ‘wanbeleid’, omdat deze incidentele beleidsfout niet opzettelijk heeft plaatsgevonden en verder geen schade heeft opgeleverd, doch slechts de indruk bij een deel van de algemene vergadering heeft opgeroepen dat er mogelijk sprake was van belangenverstrengeling, hetgeen echter niet het geval was. In dit verband wijst Brink²¹ erop dat naar zijn mening de OK kan volstaan met een declaratoire uitspraak dat er sprake is van wanbeleid wegens een gebrek aan communicatie zonder overigens voorzieningen op te leggen, zoals in de eindbeschikking inzake HBG. Tegen de achtergrond van de doelstellingen van het enquêterecht²² vraag ik mij echter af welk doel met een dergelijke constatering (nog) wordt gediend. De kwalificatie wanbeleid wordt dan een wel erg subtiel instrument in handen van de OK, om in dergelijke gevallen nog te kunnen spreken van sanering van verhoudingen, openheid van zaken en preventieve werking. Het vaststellen van de verantwoordelijk is in dit soort zaken in het geheel niet aan de orde.

8 Eindvoorzieningen

Waar de Hoge Raad ten aanzien van het door de OK ingezette beleid met betrekking tot het treffen van voorlopige voorzieningen nog ruimte bood, is de Hoge Raad in het bijzonder ten aanzien van het opleggen van eindvoorzieningen in de zin van art. 2:356 BW niet bereid een ruimhartige toepassing en invulling door de OK te sanctioneren:

1. niet ten aanzien van de verruiming van de soort eindvoorzieningen;
2. niet ten aanzien van de mogelijkheid tot het opleggen van eindvoorzieningen zonder een enquêteonderzoek;
3. terwijl verder problematisch is en blijft in hoeverre de OK de gevolgen van haar voorzieningen voor derden zelf kan regelen.

²⁰ HR 21 februari 2003, *NJ* 2003, 181.

²¹ M. Brink in zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad inzake VIBA in *JOR* 2003/58.

²² Zie paragraaf 2 van het eerste deel van dit artikel in aflevering 2004-1.

Ten aanzien van deze punten blijkt bij het treffen van *onmiddellijke voorzieningen* wel een dusdanige ruimhartigheid aan de dag te worden gelegd dat het accent van de gehele procedure verlegd is van het enquêteonderzoek en de naar aanleiding daarvan te treffen eindvoorzieningen, naar het treffen van voorlopige voorzieningen die een definitief karakter kunnen dragen. Daarmee komt de centrale plaats die het enquêteonderzoek in het systeem van de enquêteprocedure inneemt, in het luchtledige te hangen.²³

Ad 1. Limitatieve opsomming van eindvoorzieningen

Waar ten aanzien van onmiddellijke voorzieningen geldt dat de OK een grote mate van vrijheid heeft om die voorzieningen te treffen die zij noodzakelijk acht binnen de door de Hoge Raad in het Skygate-arrest gestelde voorwaarden, geldt ten aanzien van het opleggen van eindvoorzieningen dat de OK gebonden is aan de limitatieve opsomming van art. 2:356 BW, zoals nadrukkelijk blijkt uit het arrest van de Hoge Raad inzake Zwagerman.²⁴ De vrijheid die de OK zich aanmat in deze zaak, werd door de Hoge Raad niet gesanctioneerd.

In de casuspositie die aanleiding gaf tot deze principiële uitspraak van de Hoge Raad ging het om het volgende: binnen de familievennootschap was sprake van een grootaandeelhouder (90%) tevens bestuurder die onzorgvuldig jegens de minderheidsaandeelhouders had gehandeld doordat hij in zijn hoedanigheid van bestuurder onderdelen van de vennootschap had verkocht aan een vennootschap waaraan hij zelf gelieerd was. Tegen de achtergrond van de familieverhoudingen oordeelde de OK dat de bestuurder een extra zorgvuldigheidsplicht had ten opzichte van de minderheidsaandeelhouders, terwijl vast stond dat zij geen inzicht hadden verkregen in de litigieuze transactie en dat er sprake was van een belangenverstrengeling. De OK constateert wanbeleid en treft als voorziening de benoeming van commissarissen met de bevoegdheden van een structuurvennootschap. In cassatie vindt deze oplossing van de OK geen genade: de benoeming van commissarissen met de bevoegdheid van een structuurvennootschap is in strijd met de limitatieve opsomming van de eindvoorzieningen in art. 2:356 BW, alsmede in strijd met de dwingendrechtelijke regeling van structuurvennootschappen in Boek 2 BW. Een benoeming van een *gewone* commissaris is wel mogelijk, maar deze heeft alleen de taak en de bevoegdheden van art. 2:250 BW. Wel is het mogelijk – zo voegt de Hoge Raad eraan toe – dat met het oog op het functioneren van deze commissaris *tijdelijk* wordt afgeweken van de bestaande statuten, en aan de te benoemen commissaris bepaalde bevoegdheden worden toegekend, zoals de bevoegdheid tot goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten, mits dit niet in strijd is met dwingend recht en mits wordt aangegeven ten aanzien van welke specifieke besluiten een dergelijk goedkeuringsrecht geldt.

²³ Door Van Solinge, *t.a.p.* (noot 11) p. 146 wordt deze tendens toegejuicht waar hij opmerkt: ‘Maar het zou passen in de historische ontwikkeling als ook allengs de behoefte aan een ‘bodem enquête’ zou afnemen.’

²⁴ HR 1 maart 2002, *JOR* 2002/79 (Zwagerman I).

Ad 2. Ingangsvoorwaarde voor wanbeleid

De OK heeft niet de bevoegdheid tot wanbeleid te concluderen zonder dat er sprake is geweest van een enquêteonderzoek waaruit wanbeleid blijkt. Indien uit het enquêteverslag blijkt dat er sprake is van wanbeleid – er is *ernstig* in strijd gehandeld met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap –, dan kan de OK op verzoek van de oorspronkelijke verzoekers²⁵ de in art. 2:356 BW limitatief opgesomde eindvoorzieningen treffen. Dit betekent overigens niet dat de OK gebonden is aan de bevindingen van de enquêteurs. Ook heeft de OK niet de plicht om de verzochte voorzieningen op te leggen. Uit de beschikking van de Hoge Raad inzake Gucci²⁶ blijkt slechts dat als de OK eindvoorzieningen wenst op te leggen, dit niet kan zonder een enquêteonderzoek, zelfs niet indien partijen daarin zouden instemmen. Van de andere kant hoeft de constatering van de OK dat er sprake is van wanbeleid niet uitsluitend en volledig te zijn gebaseerd op hetgeen uit het onderzoeksverslag blijkt, zoals bleek uit het arrest van de Hoge Raad inzake RNA/Westfield.²⁷ Wenst de verzoeker de OK te verleiden tot het treffen van eindvoorzieningen zonder enquêteonderzoek, dan ligt – zoals reeds gezegd – volgens Hoge Raad een verwijzing naar de gewone rechter voor de hand, hetgeen voor de verzoeker echter geen panacee zal zijn bij gebrek aan specialisatie, gebrek aan een snelle rechtsgang en de beperkte mogelijkheden tot het treffen van voorzieningen.²⁸ Het leidt er – indien het geschil zich er toe leent – in elk geval toe dat de verzoeker reeds bij het indienen van het enquêteverzoek zich een beeld zal hebben gevormd van de definitieve oplossing van het geschil en de daarbij behorende, te verzoeken onmiddellijke voorzieningen, en derhalve mogelijk tot enquêteverzoeken die niet gevolgd worden door een enquêteonderzoek. Vervolgens rijst de vraag welk belang er nog gediend is met het doorzetten van de procedure tegen de achtergrond van de functies van het enquêterecht, zoals door de Hoge Raad geformuleerd in de OGEM-beschikking, in het bijzonder indien partijen de wens te kennen geven de procedure niet te willen voortzetten.

Blijft over de vraag wanneer er precies sprake is van wanbeleid in de zin van het ernstig in strijd handelen met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Het gaat de opzet van dit artikel te buiten hiervan een alomvattende rubricering te maken. Ik verwijs daarvoor naar de bekende ondernemingsrechtelijke handboeken.²⁹ Vaststaat dat de kwalificatie wanbeleid niet lichtvaardig mag worden gegeven, en dat dat in de praktijk ook niet vaak gebeurt, zij het dat de OK hierbij ruimhartiger te werk gaat dan de Hoge Raad. Reeds hiervoor wees ik erop dat de OK in recente beschikkingen waarin tot wanbeleid werd

²⁵ Zie in dit verband de afwijzing van het verzoek tot het treffen van eindvoorzieningen door de VEB in de Laurus-zaak, omdat deze in de eerste fase tot de verzoekers behoorde.

²⁶ HR 27 september 2000, *RvdW* 2000, 192 (Gucci).

²⁷ HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286 (RNA/Westfield).

²⁸ In dit verband is het opvallend dat door ondernemingsrechtjuristen in de regel wel wordt gewezen op de beperkte mogelijkheden die art. 2:356 BW biedt – althans alom wordt gepleit voor uitbreiding van het instrumentarium – maar er weinig pleidooien worden gehouden om de ondernemingsrechtelijke mogelijkheden in gewone civiele procedures uit te breiden. Ik noem in dit verband de afgeleide actie, de groepsactie, de mogelijkheid tot het aanstellen van een dwangvertegenwoordiger, de mogelijkheid dat de rechter zijn beslissing in de plaats stelt van een bepaald gebrekkig besluit, de doorbreking van gebondenheid van de rechtspersoon in geval bestuurders misbruik maken van hun vertegenwoordigingsbevoegdheid, een heldere tegenstrijdig belangregeling en de flexibilisering van de wettelijke geschillenregeling. Blijkbaar zoekt men de oplossing in de uitbreiding van het enquêterecht.

²⁹ Vlg. de door M.J.G.C. Raaijmakers aangelegde rubricering in zijn noot onder de OGEM-beschikking van de Hoge Raad, *Ars Aequi* 1990, 858.

geconcludeerd de aanduiding ‘ernstig’ als toetsingsmaatstaf blijkbaar niet meer, dan wel niet meer expliciet hanteert. Ook is er mogelijk een aanwijzing dat de OK bij zijn beschikkingen meer en meer opschuift van een marginale toets, naar een meer inhoudelijke ondernemingsrechtelijke beleidstoets.³⁰ Men vergelijkte in dit verband de zeer minutieuze aanwijzingen ter zake van het door de OK noodzakelijk geachte beleid in de Laurus-beschikking. Van een volle beleidstoets ten aanzien van de geoorloofdheid van de toepassing van beschermingsconstructies is ook sprake in het geval van de beschikking van de Hoge Raad inzake RNA.³¹ Verder wil ik wijzen op beschikkingen die in feite fungeren als voorportaal en ter voorbereiding van eventuele aansprakelijkheidsprocedures, zoals inzake Textlite,³² Bobel³³ en recentelijk ook bij Laurus en Ahold, waar nadrukkelijk het enquêteonderzoek niet gericht is op het functioneren van de organen van de te onderzoeken rechtspersoon, maar het onderzoek zich meer richt naar het feitelijk functioneren van een of meer individuele bestuurders en/of commissarissen.

Ad 3. Gevolgen voor derden

De Hoge Raad gaat uit van een limitatieve opsomming van de eindvoorzieningen in art. 2:356 BW en houdt hieraan strikt de hand zoals blijkt uit HR 1 maart 2002, JOR 2002/79 (Zwagerman). In een ander opzicht bevat het arrest van de Hoge Raad inzake Zwagerman aanknopingspunten voor een verruiming van de eindvoorzieningen die door de OK kunnen worden getroffen. Het gaat hierbij niet om de eindvoorzieningen van art. 2:356 BW, maar om *aanvullende voorzieningen*. De grondslag voor het treffen van deze voorzieningen wordt gevonden in een ruime uitleg van art. 2:357 lid 2 BW: ‘*De ondernemingskamer regelt zo nodig de gevolgen van de door haar getroffen voorzieningen*’. Zo werd in de Zwagerman-casus bij wijze van voorziening de plicht opgelegd geen uitvoering te geven aan de litigieuze overeenkomst tot verkoop van bedrijfsmiddelen. Een dergelijke voorziening kan men niet rubriceren onder de limitatieve opsomming van art. 2:356 BW. Door een dergelijke ruime toepassing van art. 2:357 lid 2 BW schept de OK de mogelijkheid *aanvullende* eindvoorzieningen te treffen die op basis van de limitatieve opsomming van art. 2:356 en de restrictieve uitleg van de Hoge Raad in het Zwagerman-arrest niet tot het instrumentarium van het de OK zouden behoren. Ook het verzekeren van de door de OK benoemde commissaris tegen aansprakelijkheid waarbij de kosten hiervan voor rekening van de vennootschap komen, vallen hieronder alsmede de vergoeding van schade aan de commissaris indien deze ondanks de verzekering toch wordt veroordeeld tot schadevergoeding. Volgens de Hoge Raad past deze aanpak binnen het systeem van de in art. 2:356 BW genoemde eindvoorzieningen en de mogelijkheid de gevolgen van de voorzieningen regelen op de voet van art. 2:357 BW.³⁴ De grondslag hiervoor kan mijns inziens overigens ook worden gevonden in art. 2:357 lid

³⁰ Evenzo Van Schilfgaarde (bewerkt door Winter), *Van de BV en de NV*, Kluwer, Deventer 2003, p. 311.

³¹ HR 18 april 2003, JOR 2003/110 (RNA/Westfield).

³² HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Textlite).

³³ HR 19 mei 1999, NJ 1999, 658 (Bobel II).

³⁴ Principieel tegen deze gang van zaken: G. van Solinge, ‘Something is rotten in the State of the Netherlands’, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, G. van Solinge/M. Holtzer (red.), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 72, Kluwer, Deventer 2003, p. 5. Hij pleit in geval van benoeming van tijdelijke bestuurders en/of commissarissen voor een afgeleide civielrechtelijke (en strafrechtelijke) immuniteit, met uitzondering van gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid.

4 BW. Een ander voorbeeld van de ruime toepassing van art. 2:357 lid 2 BW is te vinden in een van de beschikkingen van de OK inzake HBG. Daar werd – zoals gezegd – bij wijze van onmiddellijke voorziening een verbod opgelegd aan (het bestuur van) HBG om uitvoering te geven aan de inmiddels met Ballast Nedam aangegane joint venture overeenkomst.³⁵ Geconcludeerd kan worden dat de OK als feitenrechter bij het bepalen van de gevolgen van de voorzieningen een zekere discretionaire bevoegdheid heeft in die zin dat het aan de OK is te bepalen of de door haar getroffen regeling van de gevolgen van een voorziening noodzakelijk is of niet.³⁶ In de tweede Zwageman-beschikking wordt verder erop gewezen dat het niet meewerken door de vennootschap aan het ongedaan maken van de gevolgen van wanbeleid wederom kan kwalificeren als wanbeleid, hetgeen kan nopen tot voortzetting van de getroffen voorzieningen.

Ook schrikt de OK er niet voor terug de gevolgen van de door haar getroffen voorzieningen te regelen met betrekking tot *derden*,³⁷ zoals in het geval een verplichting wordt opgelegd geen uitvoering te geven aan een reeds aangegane overeenkomst van de rechtspersoon met een derde, dan wel de plicht om mee te werken aan het ongedaan maken van de gevolgen van het wanbeleid. Onder omstandigheden zou dit met zich meebrengen dat op het bestuur van de rechtspersoon de verplichting wordt opgelegd bepaalde transacties met derden terug te draaien. Of dat mogelijk is, zal mede afhankelijk zijn van de regels van vertegenwoordiging en tegenstrijdig belang, onrechtmatige daad en/of paulineus handelen.

9 Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en kostenverhaal

Hiervoor kwam reeds aan de orde dat de OK terughoudendheid dient te betrachten met de constatering wanbeleid in het geval er geen eindvoorzieningen worden opgelegd. Tegen de achtergrond van het doel en de functie van het enquêterecht dient te worden beoordeeld of de constatering wanbeleid zonder het opleggen van eindvoorzieningen nog wel opportuun is. Dit verklaart waarom ook in geval de onderzochte rechtspersoon inmiddels failliet is verklaard en het treffen van eindvoorzieningen geen zin meer heeft, de constatering wanbeleid gerechtvaardigd kan zijn. Men kan op dit punt ook een andere weg bewandelen en pleiten voor een genuanceerder gebruik van de term wanbeleid.³⁸ Wat hier ook van zij, de constatering wanbeleid zonder het opleggen van eindvoorzieningen heeft reeds snel een defamerend karakter mede gezien de publicitaire uitstraling die een dergelijke kwalificatie met zich brengt.³⁹ Hoewel formeel-juridisch de constatering wanbeleid betrekking heeft op het functioneren van organen van de rechtspersoon en daarmee aan de rechtspersoon als zodanig wordt toegerekend, kleeft de kwalificatie wanbeleid in de beleving van betrokkenen en de geïnteresseerde buitenstaander aan de persoon

³⁵ OK 4 juli 2001, *NJ* 2001, 469 (VEB/HBG).

³⁶ Aldus HR 4 oktober 2002, *JOR* 2002/214 (Zwagerman II).

³⁷ Zie hierover in kritische zin A.F.J.A. Leijten, 'De positie van de derde in het enquêterecht', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, G. van Solinge en M. Holtzer (red.), serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 68, Kluwer, Deventer 2002, in het bijzonder p. 69-77.

³⁸ Zie M.J.G.C. Raaijmakers, 'Corporate governance en het enquêterecht, pleidooi voor een genuanceerder gebruik door de OK van het enquête-instrumentarium', *NJB* afl. 27, 11 juli 2003, p. 1373-1379.

³⁹ Vgl. de OK-beschikking inzake VIBA die later is gecasseerd. Vlg. ook de Laurus-zaak, ten aanzien van een aantal commissarissen die nog tijdens de verslagperiode (regulier) zijn afgetreden.

van de betrokken functionaris. Reputatieschade ligt dan op de loer. Deze tendens wordt verder versterkt door het feit dat de enquêteprocedure met enige regelmaat wordt gebruikt als voorportaal van een eventuele aansprakelijkheidstelling in een procedure op tegenspraak.⁴⁰ Niet zonder reden spreekt men in dit verband ook wel van de enquêteprocedure als ‘fishing expedition’, waarmee wordt bedoeld op de omstandigheid dat via de enquêteprocedure feiten en gegevens boven water worden gehaald die in een latere aansprakelijkheidsprocedure kunnen worden gebruikt ter adstructie van de vordering van eisers jegens een of meer bestuurders en/of commissarissen die deel uit maakten van de organen terzake waarvan in de enquêteprocedure wanbeleid is geconstateerd. Een dergelijk oneigenlijk gebruik van de enquêteprocedure zou niet moeten worden aangemoedigd. Juist de bewijsvergaring in een procedure op tegenspraak, waaronder de stelplicht van de eiser en na gemotiveerde betwisting van de gedaagde, de nadere stelplicht al dan niet gevolgd door een of meer bewijsopdrachten, de daarbij in acht te nemen regels van hoor- en wederhoor, voorkomen dat bestuurders en/of commissarissen al te lichtvaardig worden aangesproken wegens een onbehoorlijke taakvervulling. De enquêteprocedure ware niet te gebruiken als een jachtgeweer geladen met een hagelpatroon in de hoop met één kogeltje doel te treffen.

Al met al zie ik overigens voldoende mechanismen in het huidige vennootschapsrecht – het enquêterecht daaronder begrepen – die het hierboven genoemde oneigenlijke gebruik van de enquêteprocedure kunnen tegengaan. In de eerste plaats is daar de toets in de ontvankelijkheidsfase dat een enquêteverzoek slechts wordt toegewezen indien naar het oordeel van de OK blijkt dat de door verzoekers gepresenteerde feiten en omstandigheden gronden opleveren om aan een juist beleid te twijfelen. Weliswaar legt de OK ter zake van de vraag of aan het criterium van art. 2:350 lid 1 BW is voldaan, de meetlat niet erg hoog – zoals in deel I reeds ter sprake kwam – maar een verzoek dat louter en alleen is gebaseerd met het oog op het verzamelen van feiten ter staving van de bewijsvoering in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure dient te worden afgewezen. Dat een van de doelen van het enquêterecht juist hierin bestond dat via een enquête kan worden vastgesteld wie *verantwoordelijk* zijn voor het gevoerde wanbeleid, doet daar niet aan af. Immers, *verantwoordelijkheid* is niet gelijk aan *aansprakelijkheid*. Terzijde zij opgemerkt dat het in dit verband niet geheel duidelijk is hoe art. 2:349 lid 1 BW dient te worden gelezen: in geval het doel van de verzoeker uitsluitend hieruit bestaat via de enquête een aansprakelijkheidsprocedure voor te bereiden, is het zinledig om het bestuur van de bij de verzoekers levende bezwaren op de hoogte stellen teneinde het bestuur in de gelegenheid te stellen de bezwaren weg te nemen. Uit de aard van de inzet van de zijde van verzoekers volgt nu juist dat dit laatste niet meer mogelijk is: aansprakelijkheidstelling is immers een toets ex post, het corrigeren van verantwoordelijk en gewenst gedrag ter zake van beleid een keuzemogelijkheid ex ante.

Toegegeven kan worden dat het juist de OK en Hoge Raad zelf zijn geweest die eraan mee hebben gewerkt de indruk te wekken dat met de vaststelling wie verantwoordelijk is voor het gevoerde wanbeleid, ook aansprakelijkheid mogelijk in het verschiet ligt. Ik doel daarbij op de geruchtmakende procedure inzake OGEM, waarin de OK oordeelde dat de vaststelling dat er sprake is van wanbeleid, voor partijen bindend is behoudens cassatie. De Hoge Raad laat dit oordeel van de OK in zoverre in stand dat de vaststelling wanbeleid bindend is in andere procedures, niet

⁴⁰

Zie in dit verband de door de VEB geënquêteerde enquêteprocedure bij A hold.

alleen voor verzoekers en de vennootschap maar ook voor de verschenen belanghebbenden. Weliswaar is daarmee een individuele aansprakelijkheid nog niet gegeven, maar het aan wanbeleid ten grondslag liggende feitencomplex is daarmee, zo lijkt de Hoge Raad te suggereren, ook in andere procedure een vaststaand gegeven.⁴¹ Inmiddels moet het er voor worden gehouden dat de Hoge Raad terug is gekomen van zijn in de OGEM-beschikking gegeven oordeel omtrent de verhouding tussen verantwoordelijkheid voor wanbeleid en persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en/of commissarissen. Nadrukkelijk wordt in het arrest van de Hoge Raad inzake Skipper Club Charter⁴² overwogen: *‘Met zijn oordeel (van het Hof; VdS) in rov. 8 dat de beschikkingen van de Ondernemingskamer van 7 november 1996 (vaststelling wanbeleid; VdS) en 27 maart 1997 (veroordeling tot kostenverhaal; VdS) geen directe betekenis hebben voor de in dit geding (de aansprakelijkheidsprocedure op grond van art. 2:9 BW) door SCC (...) gestelde rechtsbetrekking tussen partijen, heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat die beschikkingen niet (tevens) bindend doen vaststaan dat Jaarsma aansprakelijk is op de voet van art. 2:9 BW. Dit oordeel is juist.’* De rechtsoverweging laat mijns inziens aan duidelijkheid niets te wensen over. Ook blijkt hieruit dat de OK inmiddels is teruggekomen van haar benadering van de problematiek in de destijds gewezen OGEM-beschikking.⁴³ Opvallend hierbij is dat in het cassatiemiddel nog is getracht om het geconstateerde wanbeleid als vaststaand gegeven te koppelen aan de betrokken bestuurder die in de onderhavige procedure werd aangesproken op grond van art. 2:9 BW, *omdat* deze persoon bij de enquêteprocedure betrokken was en daar ook verweer heeft gevoerd. Zowel de OK als de Hoge Raad achten deze omstandigheid van generlei belang.

Dit alles neemt niet weg dat het enquêterecht een duidelijke rol kan spelen met het oog op een eventuele aansprakelijkheidsstelling, bijvoorbeeld in gevallen dat het bestuur en/of commissarissen mogelijk zouden worden aangesproken op grond van art. 2:9 BW, daarvoor ook inhoudelijk feiten en omstandigheden zijn aan te wijzen, maar de vordering afstuit op een verleende décharge, welke décharge evenwel naar het oordeel van de verzoeker(s) tot stand is gekomen door het niet adequaat dan wel disfunctioneren van de algemene vergadering als zodanig. Anders dan bij aantasting van het déchargebesluit op grond van art. 2:15 lid 1 sub b jo. 8 BW – waarbij de rechter een eigen meer inhoudelijke belangenafweging kan maken in het kader van de toets aan de redelijkheid en billijkheid – gaat het bij vernietiging van een déchargebesluit op de voet van art. 2:356 BW om een minder ver gaande beoordeling, namelijk of de algemene vergadering van aandeelhouders dusdanig in strijd heeft gehandeld met de redelijkheid en billijkheid dat er ernstig in strijd is gehandeld met de beginselen van verantwoord ondernemerschap.⁴⁴ Mogelijk is echter dat er van een inhoudelijk verschil in toetsingsmaatstaf geen sprake is.

⁴¹ Zie hierover in kritische zin J.M.M. Maeijer in zijn noot onder de OGEM-beschikking van de Hoge Raad in de *NJ*, Van Solinge, Drie Nijmeegse redes, Kluwer, Deventer 1998, p. 44 en Van Schilfgaarde (bewerkt door Winter), *a.w.* (noot 30), p. 308, waar wordt geconcludeerd: ‘Van enige bindende kracht in de gebruikelijke processuele zin – vgl. art. 67 Rv – kan op deze punten geen sprake zijn.’

⁴² HR 4 april 2003, *JOR* 2003/134.

⁴³ In die richting wees ook het voor de OGEM-beschikking gewezen arrest van de OK inzake Bredero (OK 7 december 1989, *NJ* 1990, 242), waarin werd overwogen dat het verslag van de onderzoekers onmiskenbaar niet is opgesteld met het oog op de vaststelling van de individuele aansprakelijkheid van de betrokkenen en is daartoe dan ook – zonder verder processueel debat waartoe dit geding niet is ingericht – niet in voldoende mate bruikbaar.

⁴⁴ Zie hierover L. Timmerman, ‘Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief – Over het onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsnormen’, *Ondernemingsrecht* 2003-15, p. 555-562.

Op grond van art. 2:354 BW kan de OK op verzoek van de rechtspersoon na kennisneming van het onderzoeksverslag beslissen dat de rechtspersoon de mogelijkheid wordt gegeven de kosten van het onderzoek te verhalen op verzoekers – indien uit het verslag blijkt dat het verzoek niet op redelijk grond is gedaan – dan wel op bestuurders en/of commissarissen of een ander in dienst van de rechtspersoon, indien uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk zijn voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon. Opvallend is dat de mogelijkheid van kostenverhaal niet gekoppeld wordt aan de constatering wanbeleid. Ondertussen laat de praktijk evenwel zien dat in geval van faillissement van de zijde van de curator namens de failliete rechtspersoon een beroep op art. 2:354 BW wordt gedaan, niet zozeer van wegen het verhaal van kosten, doch veeleer om vast stellen dat de betrokken bestuurder en/of commissaris verantwoordelijk was, ten einde feitelijke munitie te verzamelen voor opvolgende aansprakelijkheidsprocedures. Zie voor toewijzing van het kostenverhaal de beschikking van de OK en de Hoge Raad inzake De Vries Robbé.⁴⁵

10 Vereisten ter zake van een behoorlijke procesgang

De ruime toepassing van het enquêterecht in het bijzonder ten aanzien van voorlopige voorzieningen en ten aanzien van de wijze waarop de OK art. 2:357 lid 2 BW hanteert om de gevolgen van zowel voorlopige als eindvoorzieningen te regelen, kan onder omstandigheden betekenen dat daardoor wijziging wordt gebracht in de privaatrechtelijke verhoudingen tussen partijen, doch ook van derden die zich buiten de kring van de deelrechtsorde van de rechtspersoon bevinden. In dit verband is wel de vraag gesteld of de enquêteprocedure voldoet aan de in art. 6 EVRM gestelde eisen ter zake van een eerlijk proces (*fair trial*). Art. 6 EVRM luidt, voorzover hier van belang: *‘Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (...) heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld.’* Is de enquêteprocedure een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang waarin burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld, en voldoet de procedure aan het beginsel van hoor- en wederhoor ten aanzien van de totstandkoming van het enquêteverslag? Dit is in het bijzonder van belang indien de OK van haar bevoegdheid gebruik maakt om (tijdelijk) in te grijpen in reeds bestaande rechtsverhoudingen op de voet van art. 2:357 lid 2 BW.

Nu blijkt uit het arrest van het EHRM inzake Textlite⁴⁶ dat de eerste fase van de enquêteprocedure zelf niet onderworpen is aan art. 6 EVRM. De vaststelling van de eindvoorzieningen en het kostenverhaal op de voet van art. 2:354 BW daarentegen wel. Hierbij moeten de personen die het betreft – de belanghebbenden – in elk geval worden gehoord, inzage hebben in alle relevante stukken en de mogelijkheid worden geboden verweer te voeren tegen de verzochte voorzieningen en het kostenverhaal.⁴⁷

⁴⁵ OK 28 juni 2001, *JOR* 2001/148 en HR 13 september 2002, *JOR* 2002/186.

⁴⁶ EHRM 19 maart 2002, *JOR* 2002/127 (Textlite).

⁴⁷ Zie voor de uitleg van art. 6 EVRM ook, recentelijk, EHRM 10 april 2003, C-276/01 (Steffensen), als ook EHRM 4 december 2003, C-63/01 (Evans). Laatstgenoemde zaak betrof de verenigbaarheid van een Britse arbitrageregeling met art. 6 EVRM, in het bijzonder ten aanzien van de onafhankelijkheid van de arbiter, het ontbreken van een mondelinge behandeling waar de feiten kunnen worden vastgesteld en de beperking van het recht om tegen het vonnis in hoger beroep te gaan, hetgeen alleen mogelijk was in geval van ernstige onregelmatigheden. Het EHRM komt echter tot het oordeel dat deze procedureregeling, *in zijn geheel* beschouwd, nog voldoet aan de in art. 6 EVRM gestelde

Ten aanzien van de eerste fase – de onderzoeksfase – gelden de in art. 6 EVRM neergelegde beginselen van procesrecht niet.⁴⁸ Geheel bevredigend is de oplossing die in feite tot een processuele tweedeling van de enquêteprocedure leidt, niet, met name niet indien de OK de bevoegdheid heeft – neemt! – om bij wijze van voorziening de burgerlijke rechten van derden te wijzigen. Bepaald problematisch is dat de grondslag van het regelen van de gevolgen van haar beschikkingen in elk geval ten aanzien van voorlopige voorzieningen ontbreekt, althans onduidelijk is waarop deze is gebaseerd. Immers, art. 2:357 lid 2 BW heeft betrekking op het treffen van eindvoorzieningen, hetgeen ook blijkt uit de parlementaire geschiedenis. Zo wordt in de parlementaire geschiedenis gesteld: *‘Vervolgens wordt bepaald, dat de OK zo nodig de gevolgen van de door haar getroffen voorzieningen regelt. Zo zou de vernietiging van een besluit (art. 54a onder a [bedoeld is van het WvK oud; VdS]) zonder meer, consequenties kunnen hebben, die ten opzichte van derden te goeder trouw onaanvaardbaar zijn. Het is daarom gewenst de OK de bevoegdheid te geven, bij de vaststelling van de gevolgen van haar beslissingen met alle in aanmerking komende belangen rekening te houden.’*⁴⁹ Uit de passage valt mijns inziens nu juist af te leiden dat de OK grote terughoudendheid moet betrachten bij het treffen van voorzieningen ten aanzien van derden, en derhalve niet een bevoegdheid om de rechten van derden te wijzigen. Op grond waarvan men vervolgens de uitleg in de parlementaire geschiedenis bij dit artikel dat van oudere datum is dan het later ingevoerde art. 2:349 lid 2 BW, ook kan betrekken op de in art. 2:349a lid 2 BW geïntroduceerde voorlopige voorzieningen, is mij een raadsel? Gezien de strekking van art. 2:357 lid 2 BW in combinatie met de beschikking van de Hoge Raad inzake Skygate zou de OK mijns inziens wel de bevoegdheid hebben *ter bescherming van de belangen van derden* de gevolgen van een voorlopige voorziening te regelen. Daarbij dient men echter te bedenken dat de OK in elk geval de verplichting heeft de belangen van de derden in zijn oordeel te betrekken en de derde in de gelegenheid te stellen om zich als belanghebbende in de zaak te voegen om zich over de feiten en de juridische gevolgen uit te laten.⁵⁰

eisen, in het bijzonder omdat het een relatief snelle en goedkope procedure voor de betrokkene biedt, mits het beginsel van horen en wederhoor voor de arbiter wordt gewaarborgd. In soortgelijke zin EHRM 23 april 1997, *NJ* 1998, 278 (Mantovanelli).

⁴⁸ Zie ook voor kritiek en een diepgaande analyse R.H. Hermans, ‘Het onderzoek in de enquêteprocedure’, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2002-2003, uitgave vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 72, Kluwer, Deventer 2003, p. 136-149.

⁴⁹ Zie bij Rechtspersonen (losbl.), art. 357, aant. 1 (C.A. Boukema).

⁵⁰ Zie in dit verband de gang van zaken rond het verbod van HBG uitvoering te geven aan de joint venture overeenkomst met Ballast Nedam. In de tweede beschikking handhaaft de OK het tijdelijke verbod, zonder de belangen van Ballast Nedam mee te wegen. Zie hierover Leijten, *t.a.p.* p. 74.

11 Slotbeschouwing

De enquêteprocedure heeft zich ontwikkeld tot een ‘multi purpose’-procedure voor de oplossing van ondememingsrechtelijke geschillen. Het lijkt erop dat de OK zich slechts dan niet bevoegd verklaart om kennis van een geschil te nemen indien daarvoor dwingendrechtelijk een andere procedure is voorgeschreven. Waar er alternatieve rechtsgangen voorhanden zijn, blijkt er in de praktijk een sterke voorkeur te bestaan voor een gang naar de enquêterechter. Mede debet daaraan is de slagvaardigheid die de OK aan de dag legt bij het treffen – al dan niet met spoed – van voorlopige voorzieningen. Indien nodig gaat de OK bij de toepassing uit van een ruime uitleg van de enquêteregeling. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt evenwel dat de OK daarmee regelmatig buiten het systeem en de opzet van het enquêterecht stapt. Het kan een aanwijzing zijn voor het feit dat het enquêterecht aan een grondige herziening toe is. Een andere aanwijzing kan zijn dat de OK niet alleen in toenemende mate fungeert als ‘bodemrechter’ in ondernemingsrechtelijke geschillen, maar tevens veelvuldig als ‘kortgeding’ rechter. Het roept nadrukkelijk de vraag op of daarmee de rechten van alle bij het geschil betrokkenen met voldoende waarborgen zijn omkleed. De stelling dat de enquêteprocedure daaraan voldoet gezien het feit de enquêteprocedure een verzoekschriftprocedure is waarvoor andere minder stringente processuele regels gelden dan in een procedure op tegenspraak, is een drogreden, omdat de aard van de geschillen die in het verleden bij de gewone civiele rechter werden aangebracht niet door het enkele feit dat zij thans worden voorgelegd aan de OK in een verzoekschriftprocedure inhoudelijk van karakter veranderen.

Tot slot een laatste observatie. Gezien de toepassing van het enquêterecht ter zake van conflictbeslechting in besloten, persoonsgebonden samenwerkings-BV's – zoals de quasi vof-BV, de joint venture vennootschap en de familie-BV – in de praktijk, welke praktijk door zowel OK als de Hoge Raad wordt gesanctioneerd,⁵¹ is de vraag aan de orde of het toepassingsgebied van het enquêterecht in de toekomst niet zou moeten worden uitgebreid tot in elk geval rechtspersoonlijkheid bezittende openbare vennootschappen naar komend recht. Op deze vraag zal nadrukkelijk een antwoord moeten worden gegeven van de zijde van de wetgever mede in het licht van de aangekondigde herziening en flexibilisering van het BV-recht. Indien de tekenen ons niet bedriegen, wordt daarbij ingezet op een GmbH-achtige rechtsvorm, die weliswaar rechtspersoonlijkheid heeft en op basis van het normaaltype van de kapitaalvennootschap zal blijven functioneren – zij het met een versoepeling van de regels van kapitaalbescherming –, maar waarbij de structuur en inrichting van de rechtspersoon ter vrije dispositie staat van partijen. Ik constateer dat, indien deze tendens realiteit wordt, de BV nieuwe stijl naar de bij het wetsvoorstel tot invoering van titel 7.13 geïntroduceerde **openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid dusdanig toegroeit**⁵² dat er geen gerechtvaardigde redenen meer zijn dat conflicten binnen deze rechtsvormen voor het MKB niet door middel van een gespecialiseerde ondernemingsrechtelijke rechter worden opgelost, in een betrekkelijk snelle en doeltreffende procedure, zoals de enquêteprocedure. Bovendien kan niet worden

⁵¹ Zie HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51 (Sluis), maar ook OK 20 mei 1999, NJ 2000, 1999 (Cromwill/Versatel Telecom).

⁵² Zie hierover G.J.H. van der Sangen, ‘Ontbinding en vereffening bij persoonsgebonden ondernemingsvormen’, in: *Herziening persoonsgebonden ondernemingsvormen. Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel tot invoering van titel 7.13 BW*, M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen (red.), uitgave vanwege het Schoordijk Instituut, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2003, p. 123-126. Zie ook de bijdrage van M.J.G.C. Raaijmakers ‘Personenvennootschapsrecht in de structuur van het ondernemingsrecht’, p. 1-57, passim, in deze bundel.

ontkend dat de enquêteprocedure destijds werd ingevoerd vanuit de gedachte dat de onderneming een maatschappelijke grootheid was in ons sociaal-economische bestel waaromtrent de arbeider in geval van mistanden via tussenkomst van vakbonden kon interveniëren. Dat aspect lijkt bij de introductie van de ‘grote’ openbare vennootschappen al dan niet met rechtspersoonlijkheid enigszins op de achtergrond te geraken. In elk geval is duidelijk dat daar waar de grenzen tussen contractuele en rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvormen waarin een onderneming kan worden gedreven, vervagen de stelling dat het enquêterecht uitsluitend is voor behouden aan ***rechtspersonen van Boek 2 in elk geval niet meer houdbaar is.***